# Der dingliche Vertrag im B. G. B.

Inaugural-Dissertation

der

**juristischen Fakultät**

der

**Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen**

vorgelegt von

Gaston Steyert

Referendar in Strassburg i. E.

Approbirt am 30. Dezember 1904.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

STRASSBURG i. E.
Buchdruckerei C. & J. GŒLLER, Magdalenengasse 16.
1905.

125

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0151

Meinen lieben Eltern

# Inhaltsverzeichnis.

I. § 1. Einleitung.

II. Der dingliche Vertrag im Allgemeinen.

§ 2. Begriffsbestimmungen.
1. Der Vertragsbegriff.
2. Der Begriff „dinglich".
3. Der „dingliche Vertrag".

§ 3. Die Abstractheit des dinglichen Vertrags.
1. Wesen der Abstractheit.
2. Die begriffliche Abstractheit des dinglichen Vertrags.

§ 4. Bedeutung des dinglichen Vertrags vermöge seiner besonderen Stellung im Rechtssystem
1. als Rechtsänderungsgeschäft
2. als abstractes Geschäft.

§ 5. Geschichtliches.
1. Das römische Recht.
2. Das germanische Recht.

III. Der dingliche Vertrag des B. G. B.

§ 6. Der dingliche Vertrag als Grundlage des Sachenrechts im B. G. B.
1. Anwendungsgebiet des dinglichen Vertrags.
2. Die Einigung des § 854 Abs. 2 B. G. B.

§ 7. Begriff des dinglichen Vertrags im B. G. B.
1. Die Einigung bewirkt die Rechtsänderung nicht selbständig;
2. sie entbehrt auch jeder sonstigen Wirkung und kann deshalb den dinglichen Vertrag nicht darstellen.
3. Einigung und Uebergabe bezw. Eintragung sind die zwei selbständigen Erfordernisse der Rechtsänderung.
4. Diese beiden Momente zusammen bilden den dinglichen Vertrag.

§ 8. Die Abstractheit des dinglichen Vertrags im B. G. B.
1. Sie ergibt sich aus dem Wortlaute des Gesetzes.
2. Sie kann wieder aufgehoben werden im Princip.
3. § 139 B. G. B. ist nicht anwendbar.
4. Affizirung des dinglichen Vertrags durch Mängel.
5. Der dingliche Vertrag kann nicht gegen die guten Sitten verstossen.

§ 9. Anwendbarkeit der Vorschriften des allgemeinen Teils des B. G. B. auf den dinglichen Vertrag.
1. Es kommt dabei nur das Willensmoment in Betracht.
2. Die Vorschriften über den Vertrag insbesondere.

# I.

## § 1.

## Einleitung.

Durch die Einführung des B. G. B., das auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft so fruchtbar wirkt, ist auch die Lehre vom dinglichen Vertrage frisch angeregt und in ein neues Licht gerückt worden.

Der Begriff „dinglicher Vertrag" rührt von Savigny [1]) her, der ihn im Gegensatze zum obligatorischen Vertrage aufstellt. Er versteht darunter einen solchen Vertrag, durch den die Vertragschliessenden ihre Rechtsverhältnisse an Sachen bestimmen. Das Eigenschaftswort „dinglich" soll also den Umstand zum Ausdruck bringen, dass Rechte an Sachen („dingliche Rechte"), also Rechte, welche eine unmittelbare Herrschaft über die Sache gewähren, Gegenstand des Vertrages sind.

Das B. G. B. selbst enthält nirgends den Ausdruck „dinglicher Vertrag". Im Sachenrechte spricht es von „Einigung". Der erste Entwurf kannte noch den dinglichen „Vertrag" [2]). Die Commission für die zweite Lesung des B. G. B. trug den vielfach geltend gemachten Bedenken [3]) Rechnung und vermied diesen Ausdruck [4]). Man behauptete nämlich, der dingliche Vertrag sei gar kein Vertrag, sondern nur Bestandteil eines einheitlichen Rechtsakts, der sich aus dem sogen.

---

[1]) Savigny: System Bd. III., S. 312 ff.

[2]) Erster Entwurf §§ 828, 868, 874, 983.

[3]) Zusammenstellung der gutachtl. Aeusserungen III., S. 1 ff., 80 ff.

[4]) Protokolle III., S. 56 ff.

dinglichen Vertrage und der Eintragung bzw. Uebergabe zusammensetze. Ganz besonders aber lehnte sich die Kritik dagegen auf, dass die abstrakte Natur des dinglichen Vertrags so stark betont sei, und machte geltend, dass dem abstrakten Vertrage die Vertragselemente völlig abgingen.

Die Motive zum B. G. B. haben die Lage noch verwickelter gestaltet, indem sie auch von einem dinglichen Vertrage im Obligationenrechte sprechen.

Gegenstand dieser Untersuchung soll sein, den Begriff des dinglichen Vertrags im Allgemeinen nach dem Standpunkte der heutigen Wissenschaft festzulegen und von dem so gewonnenen Ergebnisse aus den dinglichen Vertrag des B. G. B. einer Würdigung zu unterziehen.

## II.

## Der dingliche Vertrag im Allgemeinen.

### § 2.

### Begriffsbestimmungen.

1. Das B. G. B. enthält keine Definition des Vertragsbegriffs. Es will hier, wie in so vielen anderen Fällen, der Wissenschaft freies Feld lassen. Denn dieser Begriff ist, wie in der Theorie des gemeinen Rechts schon, auch heute noch bestritten. Die Frage ist insbesondere die, ob der Vertrag nur im Obligationenrechte vorkommt, oder ob er seine Anwendung auf allen Rechtsgebieten findet, also nicht gerade eine obligatorisch wirkende Vereinbarung sein muss, sondern

jede rechtlich erhebliche Willenseinigung einen Vertrag darstellt, wie Savigny zuerst gelehrt hat [1]).

In neuerer Zeit hat Jacobi [2]) wieder den Versuch gemacht, die erstere dieser Theorien zur Geltung zu bringen. Er zerlegt die Rechtsgeschäfte in solche, die Verbindlichkeiten begründen oder aufheben, und in solche, die auf Grund bestehender Verbindlichkeiten Rechte übertragen oder Rechte an Rechten bestellen oder bestehende Rechte aufheben. Da der Vertrag nur ein Doppelversprechen, ein Ausgleich der Interessen durch gegenseitige Verpflichtung sei, also sach- und sprachgemäss auf das gegenseitig verpflichtende Causalgeschäft beschränkt werden müsse, so seien nur die Rechtsgeschäfte der ersteren Categorie Verträge. Die übrigen Rechtsgeschäfte nennt er Erfüllungsakte. Er stützt sich besonders darauf, dass die Römer einen dinglichen Vertrag nicht gekannt hätten, und operirt ferner mit dem Gefühle des Laïen. Kein Rechtsungelehrter stelle sich vor, dass er drei besondere Verträge schliesse, wenn er sein Grundstück verkaufe, dem Käufer demnächst auflasse und übergebe oder, wenn er auf Grund vertragsmässiger Verpflichtung eine Reihe von Forderungen durch besondere Urkunden abtrete, dass jede dieser Cessionserklärungen ein besonderer Vertrag sei. Was zunächst das zuletzt genannte Argument anlangt, so scheint es uns nicht triftig zu sein, ganz abgesehen davon, dass nur zwei und keine drei Verträge vorliegen: Kauf und Auflassung bezw. Abtretungsvertrag. Der Laïe tritt häufig tagsüber in Rechtsbeziehungen, ohne dass er sich dessen bewusst wird, welchen Rechtsakt er vornimmt. Wenn er z. B. im Theater seine Garderobe an dem dazu bestimmten Platze aufhängt und eine Legiti-

[1]) Savigny, a. a. O., S. 309.

[2]) Jacobi in Jher. Jahrb., Bd. 35, S. 1 ff.

mationsmarke dafür erhält, wird er schwerlich sich eine Vorstellung davon machen, dass er nun einen Vertrag schliesse. Ja bei der Entfaltung des heutigen Verkehrs und der sich daraus ergebenden Complizirtheit der Rechtsinstitute wird ein solches „Versehen“ auch dem Rechtskundigen unterlaufen können. Daraus einen Beweisgrund herleiten zu wollen ist u. E. irrig. Jacobi geht allerdings nicht so weit wie Schlossmann [1]), der die völlige Wertlosigkeit des Vertragsbegriffs dartun wollte und dem das Engagement zum ersten Walzer nicht minder ein Vertrag ist, wie der Kauf eines Hauses [2]). Wie aus seiner Unterscheidung der Rechtsgeschäfte hervorgeht, erkennt Jacobi sachlich den Vertrag an, nur nennt er die Rechtsgeschäfte seiner zweiten Categorie „Vereinbarungen“. Er ficht nur einen Wortstreit, indem er einer einzelnen *Art*, dem obligatorischen Vertrage die Bezeichnuug des *Gattungs*begriffs beilegen will.

Um die Frage, ob speciell der dingliche Vertrag Willenseinigung oder blosser Erfüllungsakt sei, drehte sich der Streit im gemeinen Rechte bezüglich der traditio.

Savigny [3]) war der Ansicht, dass die traditio ein wahrer Vertrag sei, da alle Merkmale des wahren Vertragsbegriffs darin wahrgenommen würden; denn sie enthalte von beiden Seiten die auf die gegenwärtige Uebertragung des Besitzes und des Eigentums gerichtete Willenserklärung, und es würden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt. Dass diese Willenserklärung für sich allein nicht hinreiche zur vollständigen Tradition, sondern die wirkliche Erwerbung des Besitzes als äussere Handlung

[1]) Schlossmann: Der Vertrag.
[2]) dto. a. a. O., S. 164.
[3]) Savigny l. c.

hinzutreten müsse, hebe das Wesen des zu Grunde liegenden Vertrags nicht auf. Dieser Auffassung haben sich Windscheid [1]), Exner [2]) u. a. angeschlossen.

Bestritten wurde die Vertragsnatur der traditio u. a. von Bremer [3]), der sich darauf beruft, dass von Seiten des Empfängers keine Willenserklärung gegenüber dem Tradenten, sondern nur eine einseitige Willenstat gegenüber der Sache erforderlich sei. Andere wieder sehen den Schwerpunkt in der Tätigkeit des Eigentümers, so Schlossmann [4]), der in der Tradition ein auf dem einseitigen Willen des Tradenten beruhendes Geschäft sieht. Diese Auffassungen weist Windscheid u. E. mit Recht zurück. Das Eigentümliche derselben ist blos eine einseitige Betonung der Tätigkeit bald der einen bald der anderen Vertragspartei. Tatsächlich wird bald die Tätigkeit des Empfängers bald die des Veräusserers im Vordergrunde stehen. Für die rechtliche Betrachtung stehen aber beide auf gleicher Linie, denn nur die übereinstimmende Tätigkeit Beider kann den Erfolg herbeiführen. Wenn in den Quellen vielfach das Gewicht auf die voluntas domini volentis rem suam transferre gelegt ist, so z. B. in § 40 J. de rer. div. 2,1, so ist hierin ein Nachklang an die Zeiten des weniger entwickelten römischen Rechts zu sehen [5]). Auch der Umstand, dass im Verkehrleben der Uebertragungswille nicht ausdrücklich erklärt zu werden pflegt, kann nicht gegen die Vertragsnatur der Tradition sprechen. Verträge können auch stillschweigend, durch concludente Handlungen, zu Stande kommen. Der Traditionswille

[1]) Windscheid: Pandekten.
[2]) Exner: Rechtserwerb durch Tradition.
[3]) Bremer in Z. f. C. u. Pr. n. F. 20, S. 57 ff.
[4]) Schlossmann, a. a. O., S. 94.
[5]) Dernburg: Pandekten I., S. 483.

folgt dann zumeist aus dem vorhergehenden Causalgeschäfte oder aus den Umständen, wie z. B. beim Handgeschenk. Für die Annahme des dinglichen Vertrags sprechen sich auch aus Brinz [1]) und Bekker [2]). Nach ihnen ist die traditio aber nicht, wie Windscheid annimmt, die Form, der Ausdruck des Uebertragungswillens, sondern die zweite zur Eigentumsübertragung erforderliche Tatsache neben der Erklärung des Willens. Diese Theorie hat auch im B. G. B. Eingang gefunden.

Nach dem heutigen Standpunkte der Wissenschaft unterliegt es keinem Zweifel mehr, dass der Vertrag seine Anwendung auf dem ganzen Rechtsgebiete findet, dass es auch Verträge im Sachen-, Familien-, Erbrecht, im Privatrechte wie im öffentlichen Rechte (Staatsrecht, Volkerrecht) gibt.

Savigny [3]) definirte den Vertrag als eine „Vereinigung mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden". Diese Definition ist heute die herrschende [4]). In derselben ist ein subjektives und ein objectives Moment zu unterscheiden. Subjectiv wird die Vereinigung der Willen der Parteien zu einem einzigen, Willenseinigung, verlangt, „die Vertragschliessenden müssen sich, wie § 77 des ersten Entwurfs sich ausdrückte, ihren übereinstimmenden Willen gegenseitig erklären". Ferner aber will aber der Vertrag, wie auch das einseitige Rechtsgeschäft, eine Aenderung in der Aussenwelt herbeiführen, der Vertragswille ist auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet. Er hat diesen also selbständig zum Gegenstande und muss ihn selbst-

[1]) Brinz: Pandekten I. S. 588.

[2]) Bekker: Recht des Besitzes, S. 86. ff.

[3]) Savigny l. c.

[4]) Aehnlich Windscheid, Brinz, Puchta, Dernburg Planck, Endemann u. a.

ständig herbeiführen. Dies das objective Moment. Zuweit geht u. E. Planck [1]), wenn er aufstellt, nur das wirksame Rechtsgeschäft entspreche dem Begriffe. Das B. G. B. spricht auch von Rechtsgeschäften, wenn der Erfolg nicht eintritt, wie z. B. bei Nichtigkeit desselben (§§ 134, 138 B. G. B.) Verlangt wird nur, dass die im Rechtsgeschäfte enthaltene Willenserklärung an sich, abgesehen von einer etwaigen Affizirung durch Mängel, geeignet wäre, eine Wirkung herbeizuführen. Diese Definition: Rechtsgeschäft = Privatwillenserklärung ist aber nicht ganz richtig. Rechtsgeschäft ist zwar diejenige juristische Tatsache, zu deren Bestande eine Willenserklärung als unentbehrliches Stück gehört; sie kann aber noch andere nicht als Willenszeichen wirksame, sinnlich wahrnehmbare Ereignisse in sich begreifen. Bekker [2]) nennt diese Rechtsgeschäfte mit gemischtem Tatbestande, wenn sie einen Naturalakt enthalten, „Naturalschäfte“ im Gegensatz zu den „reinen Willensgeschäften“ und nennt als Beispiel eines solchen Naturalgeschäfts die Tradition. Nach alledem scheint der gegenwärtig herrschende Vertragsbegriff revisionsbedürftig zu sein. Wir definiren etwa: Vertrag ist derjenige Tatbestand mit einer Willenseinigung als wesentlichem Inhalt, der geeignet ist, einen rechtlichen Erfolg herbeizuführen. Die Contreverse über den Grund des rechtlichen Effekts, ob bindende Kraft des Willens, ob allgemeines Rechtsgefühl oder Sanktion durch die Rechtsordnung kommt hier nicht in Betracht.

2. Savigny, von dem, wie schon erwähnt, der Ausdruck „dinglicher Vertrag“ herrührt, wollte mit dem Worte „dinglich“ die Beziehung zu einer Sache bezeichnen und zwar die unmittelbare Herrschaft über

---

[1]) Plank: Commentar, S. 147.

[2]) Bekker: Pand. II., S. 92.

dieselbe, welche durch den Vertrag hervorgebracht werden soll. Eines der Elemente seiner Definition ist also der Begriff „Sache".

Unter einer Sache verstand man früher und versteht man nach dem Sprachgebrauche auch heute noch einen körperlichen Gegenstand. Wenn nun das B. G. B. auch in § 90 sich formell terminologisch dieser Bestimmung anschliesst, so kann es u. E. doch keinem Zweifel unterliegen, dass es materiell das Joch des römischen Rechts, wie so oft, auch hier abgeschüttelt und, indem es den geltenden und insbesondere im Allgem. Preuss. Landrecht I, 2 § 3 gesetzlich festgelegten deutschen Rechtsauffassungen Rechnung trug, seinen Sachbegriff erweitert hat. Materiell ist dem B. G. B. Sache auch das, was durch Uebereinkunft der Menschen Selbständigkeit hat, so dass es Gegenstand eines dauernden Rechts sein kann. Nur so ist es zu erklären, dass es in seinem dritten Buche, das vom „*Sachen*"recht handelt, auch Pfandrecht und Niessbrauchrecht an *Rechten* mitbegreift. Diese letzteren sind aber, obwohl keine Rechte an Sachen, doch „Sachenrechte", dingliche Rechte, wie sie in der neueren Litteratur [1]) genannt werden, der Vertrag, durch den sie begründet, übertragen u. s. w. werden, „dinglicher Vertrag". „Dinglich" ist der Gesamtbegriff, der die wirklichen Rechte an Sachen und diejenigen Rechte an Rechten begreift, die analog behandelt werden. Dieser Dinglichkeitsbegriff ist aus der Dogmatik des Gesetzes zu entnehmen.

Das gemeinsame Criterium dieser Sachenrechte, dinglichen Rechte, besteht nun, wie Fuchs und Oertmann [2]) nachgewiesen haben, was den *Umfang*

[1]) Fuchs: Das Wesen der Dinglichkeit in Gruchot, Bd. 46, S. 549 ff.

[2]) Oertmann in Jher. Jahd., B. 31., S. 427 ff.

ihrer Wirksamkeit anlangt, in dem absoluten Klageschutze, den die Rechtsordnung denselben gewährt. Die unmittelbare, körperliche Herrschaft, wie sie Savigny annimmt, ist nach dem Stande der heutigen Wissenschaft nicht das Entscheidende für das dingliche Recht. Das Wesen desselben ist nach Fuchs die Belastung, die auch in einer idealen rechtlichen Herrschaft liegen kann, so die Belastung einer res incorporalis, eines Rechts. Ein unmittelbares physisches Einwirken auf den Gegenstand des Rechts gewähren nur die unmittelbaren Gebrauchsrechte: Eigentum, Erbbaurecht, Dienstbarkeit, Pfandrecht. Bei den Leistungsrechten: Reallast, Grundschuld, Hypothek, Vorkaufsrecht ist nur aus der Sache zu leisten, aber der Leistungsanspruch ist gesichert durch die absolut geschützte Execution in die Sache. Hier also erschöpft sich das Wesen des dinglichen Rechts, was seinen Umfang anlangt, in der Absolutheit des Klageschutzes.

Dass aber „dinglich“ nicht gleich „absolut“ ist, ergibt sich schon aus dem Wenn des unmittelbaren Gebrauchsrechts, bei dem über den absoluten Klageschutz hinaus eine reale Herrschaft über den Gegenstand des Rechts eintritt. Aber auch die übrigen dinglichen Rechte unterscheiden sich von den absoluten Rechten. Was beide Begriffe trennt, ist ihr Inhalt. Der dingliche Anspruch erheischt stets und ausschliesslich die Unterlassung eines bestimmt qualifizirten Einwirkens [1]). Das B. G. B. nun hat die Zahl seiner dinglichen Rechte ausdrücklich begrenzt. Während im Obligationenrechte volle Vertragsfreiheit besteht, hat das B. G. B. die Zahl der Sachenrechte und deren Inhalt festgelegt. Nur die im Sachenrechte aufgeführten Rechte kann man nach dem Sprachgebrauche dingliche Rechte nennen. Es widerspricht entschieden

[1]) Oertmann, a. a. O., S. 463.

dem Sprachgebrauche, den Begriff der dinglichen Rechte weiterzufassen, sie den absoluten Rechten gleichzusetzen und so z. B. die Verwaltungs- und Nutzniessungsrechte des Ehemannes oder des Inhabers der elterlichen Gewalt im Familienrechte u. a. dingliche Rechte und die entsprechenden Verträge etwa dingliche Verträge zu nennen.

3. Aus der Gleichsetzung der Begriffe dinglich und absolut erklärt sich u. E. die Uebertragung des Dinglichkeitsbegriffs auf das Gebiet des Obligationenrechts. Die Motive sprechen von der Cession, dem Erlass u. a. Verträgen des Obligationenrechts als von „dinglichen Verträgen". Auch bei diesen ist in der Tat die Willenseinigung der Parteien, genau so wie beim dinglichen Vertrage des Sachenrechts, direct auf die Rechtsänderung gerichtet, nicht auf Erzeugung einer obligatorischen Verpflichtung wie bei der Obligation. Während z. B. durch den obligatorischen Kaufvertrag eine Verpflichtung der Parteien begründet wird, tritt mit Abschluss des Abtretungsvertrags der neue Gläubiger unmittelbar an die Stelle des bisherigen Gläubigers. Die Rechtsänderung tritt also gerade wie beim dinglichen Vertrage des Sachenrechts unmittelbar ein, sie liegt in der Gegenwart, nicht in der Zukunft, und demgemäss tritt sofort die Wirksamkeit gegenüber Dritten, die Absolutheit des Klageschutzes ein, im Gegensatz zur obligatorischen Verpflichtung, die nur zwischen den Contrahenten wirkt.

In dieser Analogie der beiden ist u. E. der Schlüssel der Uebertragung der Bezeichnung „dinglicher" Vertrag vom Sachenrechte auf das Obligationenrecht zu suchen. In den Zeiten, wo die beiden Begriffe absolut und dinglich noch nicht so geklärt waren wie heute, wo man z. B. auch das Wesen der Urheberrechte, Namensrechte, Jagd- und Fischereirechte als

absolute Rechte gar noch nicht kannte, hat dieses eine, dem dinglichen Vertrage allerdings in hervorragendem Masse eigene Moment der Absolutheit dazu geführt, dass man der Bezeichnung des ganzen Vertrages den spezifischen Sinn der Absolutheit gab.

So scheint der „dingliche" Vertrag im Obligationenrechte aufgekommen zu sein und nicht etwa einer Verwechslung von „dinglich" mit „abstrakt" zu entspringen, wie Bähr [1]) meint. Ebendeshalb können wir Bähr nicht zustimmen, wenn er diese Verwechslung einen juristischen Scherz nennt. Allerdings sind auch wir der Meinung, dass man dem Begriffe des dinglichen Vertrags seine spezifische Bedeutung lassen sollte. Die Bezeichnung „dinglicher" Vertrag im Obligationenrechte kann u. E. nur zu Verwirrung führen, wenn sie nicht schon dazu geführt hat. Denn in der Litteratur ist z. B. der Ausdruck „dingliche" Wirkung in der Bedeutung von „absolute" Wirkung ganz geläufig. Aber wenn man die Cession, Erlass u. s. w. *Verträge mit „dinglicher Wirkung"* nennen würde, so könnte man schliesslich diese Concession noch machen. Denn dann wäre doch wenigstens eine Verwechslung mit dem eigentlichen „dinglichen Vertrage" ausgeschlossen.

## § 3.

### Die Abstractheit des dinglichen Vertrages.

Bei Veröffentlichung des Entwurfs hat dte Kritik sich, wie bereits erwähnt, ganz besonders gegen die sogen. abstracte Natur des dingllchen Vertrages aufgelehnt. Der dingliche Vertrag ist begrifflich abstract, sagten die Motive, und so erklärt es sich, wie man

[1]) Bähr in Kr. Viertelj., Bd. 11 n. F. (1888), S. 361.

dazu kam, die Begriffe „dinglich“ und „abstract“ als synonym zu gebrauchen.

1. Die Abstractheit des dinglichen Vertrags besteht nun in der Loslösung von seinem Rechtsgrunde. Jede Vermögenszuwendung — und in Güterbewegung zwecks Befriedigung der materiellen Bedürfnisse besteht der ganze wirtschaftliche Verkehr — hat ihren wirtschaftlichen Grund, denn sie ist eben nur Mittel zur Erreichung von Zwecken und eine zwecklose Zuwendung wäre sinnloses Handeln. Eine andere Frage ist aber die, ob dieser Zweck und die Zuwendung ein unlösbares Ganzes bilden, oder ob das Recht nicht aus practischen Gründen beide trennen, von einander unabhängig machen und sie gesondert betrachten kann.

Diese Frage bildete bereits im gemeinen Rechte eine lebhafte Controverse bezüglich der traditio. Es würde über den Rahmen unsere Themas hlnausgehen, wollten wir in die Streitfrage eintreten. Es genüge, wenn wir erwähnen, dass der Streit sich in der Hauptsache um die Bedeutung der in den Quellen häufig erwähnten Wortes causa drehte und dass die herrschende Meinung im Anschluss an Savigny annimmt, dass traditio und causa weder miteinander identisch noch von einander abhängig sind, wie behauptet wurde, sondern dass die causa den objectiven Tatbestand bildet, aus dem mangels einer ausdrücklichen Willenserklärung der Uebereignungswille geschlossen werden könne. Die traditio ist also nach der herrschenden Meinung abstract. Auf dieser Abstractheit beruht auch hauptsächlich die Condictionenlehre, deren Voraussetzung ja gerade der von der causa unabhängige Eigentumsübergang bildet. Diese Lösung scheint uns auch am meisten dem praktischen Geiste des römischen Rechts zu entsprechen. Das römische Recht hat wie kein anderes dem Verkehre Rechnung getragen. Es

hat dazu verschiedene Hülfsmittel verwendet unter anderem auch die analytische Vereinfachung des Tatbestandes [1]). Durch Ausscheidung des rechtlich erheblichen Motivs ist es ihm gelungen, eine knappe Fassung des Tatbestandes zu erlangen und so im Interesse des Verkehrs eine Erleichterung des Beweises herbeizuführen. Und dieser Mechanismus bildet nach Jhering „einen der festesten Anker für die Sicherheit des Eigentums". Freilich wird die psychologische Einheit des Aktes, als die sich jedes Vermögensgeschäft darstellt, durch diese Operation zerstört, denn das Caulmoment ist ein zum vollen Verständnisse des ganzen Vorgangs unentbehrliches Moment. Aber nur psychologisch betrachtet tritt eine Vergewaltigung des Parteiwillens ein, wie die Vertreter der sogen. Causaltheorie behaupten, juristisch lässt sich diese Einheit in zwei selbstständige Teile zerlegen [2]). Denn diese Abstrahirung ist Kunst, das abstracte Rechtsgeschäft ist ein künstliches Erzeugnis des positiven Rechts, ein Produkt juristischer Kunst und Technik. Und diese gibt nur dem bereits Bestehenden, der Verkehrsübung rechtliche Gestaltung [3]). Der Verkehr aber verlangt diese Trennung, diese Vereinfachung, und desshalb hat sie sich zu allen Zeiten und auf allen Stufen der Rechtsentwickelung wiederholt [4]).

2. Aus diesen Ausführungen ergibt sich auch, dass der dingliche Vertrag an sich, begrifflich, abstract ist, denn in der Abstractheit liegt seine ganze Bedeutung.

Wenn die Rechtsordnung aber auch einen begrifflich abstracten Vertrag normirt, so schliesst dies nicht aus, dass sie es als Ausnahme dem Parteiwillen überlässt, das Causalmoment dennoch in den Tatbestand

[1]) Jhering: Geist des röm. Rechts, III. S. 201 ff.

[2]) Exner: Rechterwerb durch Tradition, S. 74 ff.

[3]) Schlossmann, a. a. O., S. 9.

[4]) Jhering: a. a. O., S. 211.

aufzunehmen. Es geschieht dies, indem, besonders durch Einfügung einer Bedingung, die beiden Tatbestandsstücke (dingl. und obligator. Vertrag) von einander abhängig gemacht werden. Damit allerdings wird dem dinglichen Vertrage seine eigentliche Existenzberechtigung genommen und es kann nur vermöge einer Reflexwirkung der dingliche Vertrag noch unterschieden und er als solcher noch bezeichnet werden. Zu welchen Consequenzen das „Dogma" des abstracten dinglichen Vertrags in dem Sinne, dass eine Verbindung von obligatorischem und dinglichem Vertrage überhaupt nicht hergestellt werden könne, oder besser gesagt, dass das Causalmoment nicht wieder in den Tatbestand bei der Eigentumsübertragung u. s. w. aufgenommen werden könne, führen müsste, zeigen die von Strohal[1]) angeführten Beispiele. Es ist im täglichen Verkehrsleben und besonders dem Laien oft nicht leicht, die Offerte zum dinglichen Vertrage von derjenigen zum Causalgeschäfte zu unterscheiden. Gewöhnlich fallen beide zusammen. Oft wird nur über das Causalgeschäft verhandelt, während der dingliche Vertrag sich stillschweigend im Geben und Nehmen äussert. Wäre nun der dingliche Vertrag in dem von Strohal gedachten Sinne abstract, so könnte der Oblat die Causalofferte ablehnen, diejenige zum Abschluss des dinglichen Vertrags dagegen annehmen, und dann wäre allerdings Kindel[2]) Recht zu geben, wenn er meint, das Consensprincip öffne dem Betruge Tür und Tor und setze an Stelle des wahren Eigentumsbegriffs „das Eigentum der Betrüger und Diebe". Gewiss, gegen ein solches System müsste sich jedes gesunde Rechtsgefühl sträuben.

Eine andere Frage ist die, ob Angesichts der Un-

[1]) Strohal in Jher. Jahrb. 27, S. 343.

[2]) Kindel: Das Recht aus der Sache.

zuträglichkeiten, zu welchen die Möglichkeit dieser Aufhebung der Abstractheit, die oft auf eine Interpretation des Parteiwillens hinauslaufen wird, führen kann, die Rechtsordnung den Abschluss des dinglichen Vertrags nicht von der Beobachtung einer gewissen Form abhängig machen sollte, welche dafür Gewähr leistet, dass sich die Parteien die vorgenommene Abstraction auch zum klaren Bewusstsein gebracht haben[1]). Denn die von uns vertretene weniger extreme Ansicht von der Abstractheit des dinglichen Vertrags kann im practischen Leben zu Unzuträglichkeiten führen. Gewiss, es wird in den von Strohal angeführten Fällen der Richter in der Regel nach Lage der Sache annehmen, dass die Traditionsofferte nach dem Willen des Offerenten in unlösbarer Verbindung mit derjenigen zum obligatorischen Rechtsgeschäfte stand, und dass also die Ablehnung der einen diejenige der anderen bedingte. Es könnte aber auch sein, dass der Richter diesen Willen nicht als erwiesen annähme. Sollte deshalb etwa die Annahme der Abstractheit von der Beobachtung einer Form abhängig gemacht werden? Wir können dieser Ansicht nicht beitreten, denn wir sind der Meinung, dass die Zahl der so ungünstig gelagerten Fälle, in welchen die gegenseitige Abhängigkeit von obligatorischem und dinglichem Geschäfte sich nicht aus den Umständen ergibt, die sich aus einer solchen Formvorschrift ergebende Erschwerung des Verkehrs bei weitem nicht aufwiegen würde.

[1]) Strohal, eod. S. 398.

## § 4.

### Bedeutung des dinglichen Vertrages vermöge seiner besonderen Stellung im Rechtssytem als Rechtsänderungsgesehäft und seiner Abtractheit.

1. Der dingliche Vertrag bewirkt im Gegensatze zum obligatorischen Vertrage, der nur zu einer Rechtsänderung verpflichtet, die unmittelbare Rechtsänderung selbst. Er bestimmt also vor allem den Zeitpunkt, bis zu welchem der Schuldner über den Schuldgegenstand verfügen kann. Sobald der dingliche Vertrag abgeschlossen ist, tritt letzterer aus dem Vermögen des Schuldners, so dass dieser nicht weiter über denselben mit rechtlicher Wirkung gegen den Gläubiger verfügen, also ihn veräussern oder belasten kann. Während der Gläubiger nach Abschluss des obligatorischen Vertrages einer Verfügung des Schuldners nicht widersprechen kann und sich auf die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs beschränken muss, ist nach Abschluss des dinglichen Vertrags jeder Dritte seiner dinglichen Klage ausgesetzt; er kann den Schuldgegenstand von jedem zurückfordern, sein Recht jedem gegenüber geltend machen, denn die Verfügung des Schuldners über den nicht mehr zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstand ist dem Gläubiger gegenüber nicht rechtsbeständig. Nur im Interesse des Verkehrs wird principiell der gutgläubige Erwerber geschützt. Noch stärker tritt die Eigenart des dinglichen Vertrags bei Betrachtung des Verhältnisses des Schuldners zu seinen Gläubigern im allgemeinen, nicht bezüglich eines bestimmsen Gegenstandes, hervor. Kann der Schuldner nicht mehr die Substanz eines Vermögensrechts angreifen, so ist dieses auch dem Zugriffe seiner Gläubiger entzogen; letztere können den betreffenden Gegenstand nicht mehr pfänden. Deutlich tritt dies im Konkurse des Schuldners zu Tage.

Dem Konkurse unterliegt nur das Vermögen des Gemeinschuldners z. Z. der Konkurseröffnung. Hat der Gemeinschuldner sich vor diesem Zeitpunkte nur zu einer Rechtsänderung *verpflichtet*, so bleibt diese Bindung den Konkursgläubigern gegenüber im Princip ohne Wirkung, das ganze Vermögen mit Einschluss der Gegenstände, auf welche sich der obligatorische Vertrag bezieht, verfällt der Konkursmasse (cf. K. O. §§ 1, 32 ff.). Hatte der Gemeinschuldner dagegen vor der Konkurseröffnung einen Gegenstand veräussert oder belastet, war der Abschluss des dinglichen Vertrages also schon erfolgt, so werden die aus dem Vermögen ausgeschiedenen Gegenstände durch den Konkurs an sich nicht berührt. Der Umstand, dass aus verschiedenen Gründen fraudulöse Verfügungen angefochten werden können (K. O. §§ 29 ff.) bestätigt als Ausnahme gerade die Richtigkeit unserer Ausführungen.

2. Die Abstrahirung des dinglichen Vertrags von seinem Rechtsgrunde bewirkt ihrerseits, wie bereits erwähnt, eine Vereinfachung des Tatbestandes und dadurch in erster Linie eine Erleichterung der Beweislast. Der Beweisfällige braucht nicht auf das Grundgeschäft, die causa, zurückzugehen, er stützt sich blos auf den dinglichen Vertrag. Was aber Beweislast im Prozesse bedeutet, bedarf keiner weiteren Ausführung. Statt des Eingehens auf den vielleicht weitläufigen, umständlichen Kauf- oder Schenkungsvertrag der einfache Nachweis, dass zwischen den im Prozesse stehenden Parteien der Uebertragungs- oder Rechtsbestellungsvertrag abgeschlossen wurde. Was das für den Verkehr, besonders in seiner heutigen Entfaltung bedeutet, liegt klar zu Tage. Aber ausser dieser Vereinfachung eine Sicherheit des Verkehrs. Der Gegner kann demjenigen, der sich auf den abstracten dinglichen Vertrag stützt, keine Einwendungen aus dem Causalgeschäfte entgegen-

halten, denn eine etwaige Ungültigkeit des letzteren lässt den abstracten dinglichen Vertrag unberührt. Mag auch das Causalgeschäft durch einen Mangel affizirt sein, wenn nur der dingliche Vertrag an sich gültig zu Stande gekommen ist, so ist die Rechtsänderung vor sich gegangen, der Rechtsempfänger ist Eigentümer, Pfandgläubiger u. s. w. geworden, und es entsteht bei Ungültigkeit des Causalgeschäfts blos ein persönlicher Anspruch zwischen den Contrahenten wegen ungerechtfertigter Bereicherung, der dem materiellen Rechte zu seinem Siege verhelfen soll. Im Grundbuchverkehre speziell bringt der abstracte dingliche Vertrag grosse Erleichterung, indem er den Grundbuchrichter der Prüfung des vorausgegangenen Causalgeschäfts enthebt und so eine glatte und rasche Erledigung der Eintragungen ermöglicht.

Gewiss, dieses Institut hat auch seine Schattenseiten; es kann den Veräusserer um sein gutes Recht bringen. Der zurückbleibende persönliche Anspruch wird oft nicht zum Ziele führen. Es wird z. B. hart erscheinen, dass der Rückforderungsberechtigte im Falle des Konkurses seines Rechtsnachfolgers sogar dann nur als Konkursgläubiger auftreten kann und sich mit seiner in Geld abgeschätzten Rate begnügen muss, wenn der übertragene Gegenstand sich noch unterscheidbar in der Masse befindet. Die Einrichtung des abstracten dinglichen Vertrages wird ferner oft missbraucht werden, er wird zum Wucher und sonstigen unlauteren Zwecken dienen. Dagegen gibt es aber schliesslich kein Mittel. Diese Missbräuche und Unbilligkeiten sind eben in der Unvollkommenheit aller menschlichen Einrichtungen begründet, und die ganze Frage wird schliesslich darauf hinausiaufen, ob diese Mängel der Einrichtung durch die Vorteile, die der Verkehr durch sie erfährt, über-

troffen werden. Diese Frage glauben wir bejahen zu bedürfen.

## § 5.

### Geschichtliches.

Die Idee des dinglichen Vertrages beruht nach den vorstehenden Ausführungen auf dem Gedanken, dass der Umsatz der Güter sich theoretisch betrachtet in zwei streng zu sondernden Phasen vollzieht: Die Verpflichtung zur Rechtsänderung und diese Rechtsänderung selbst.

1. Diese Unterscheidung hat nach der herrschenden Meinung schon das römische Recht gemacht. Nach ihm wirkt der Contract nur unter den Parteien, die dingliche Wirkung tritt erst mit der Uebereignung der Güter in das Vermögen des Erwerbers ein. Und diese Uebereignung, sei es in Form der mancipatio oder der in jure cessio in ältester Zeit, sei es nach dem Aufkommen des jus gentium in Form der traditio, war Vertrag.

2. Das germanische Recht kannte diese Scheidung nicht. Ihm war die „Sale", das ganze Veräusserungsgeschäft, das den obligatorischen und dinglichen Vertrag ununterschieden in sich schloss, allein relevant. Die nachfolgende Investitur war nur Besitzübertragung, rein äussere Willensvollziehungshandlung. Später wurde die Anfangs wirklich und in feierlicher Weise vorgenommene Investitur nur noch symbolisch angedeutet und schliesslich in Gestalt der Auflassung mit der Sale verbunden [1]).

Unverkennbaren Anklang an diese Rechtsauffassung hatten die beiden um die Wende des 18. Jahrhunderts erschienenen grossen Codificationen des Privatrechts,

[1]) vergl. Sohm. Zur Geschichte der Auflassung in der Festgabe für Thöl.

das Allgem. Preus. Landrecht und der Code Civil. Beide zeigen das Bestreben, dem Schuldvertrage selbst dingliche Wirkung beizulegen.

So schuf das A. L. R. in Ausführung der Theorie von titulus und modus acquirendi das „Recht zur Sache", das eine über das Wesen der Obligation hinausgehende Wirksamkeit insofern hat, als derjenige, der z. Z. der Begründung seines dinglichen Rechts „auf die Sache" das im Widerspruch damit stehende ältere Recht eines anderen zu derselben gekannt hat, diesem älteren Rechte ebenso weichen muss, als ob ihm selbst nur ein jüngeres Recht zur Sache zustände, dass also die Verwandlung dieses letzteren in ein Recht auf die Sache bei dieser Collision nicht berücksichtigt wird[1]). Mag man nun mit Förster-Eccius annehmen, dass das Recht zur Sache einen nur persönlichen Character habe, oder im Gegensatze von relativer dinglicher Wirkung sprechen, so viel folgt aus den Wirkungen des Rechts zur Sache, dass es ein dingliches Element in sich trägt. Der nachfolgende Modus, der zum dinglichen Rechte, zum Recht „auf die Sache" führt, ist gleich der Investitur im germanischen Rechte, nur äussere Handlung[2]): Besitzergreifung oder Eintragung.

Vollständig ist die dingliche Wirksamkeit des Schuldvertrags im Code Civil durchgeführt. Er lässt die Rechtsänderung mit Abschluss des obligatorischen Vertrags eintreten. Art. 711 sagt direct: La propriété des biens s'acquiert et se transmet par l'effet des obligations. Und Art. 1138: L'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire. Endlich beim Kaufe Art. 1583: La vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard

[1]) Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht, III., S. 6 ff.
[2]) Derselbe, III., S. 180.

du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix quoique la chose n'ait par encore été livrée ni le prix payé.

Das B. G. B. ist wieder auf den Standpunkt des römischen Rechts zurückgekehrt. In welcher Weise es dies getan, soll unten des Näheren erörtert werden.

## III.

## Der dingliche Vertrag des B. G. B.

### § 6.

### Der dingliche Vertrag als Grundlage des Sacheurechts im B. G. B.

1. Wir haben oben erwähnt, dass die Commission für die zweite Lesung des Entwurfs den Ausdruck „dinglicher Vertrag" durch das Wort „Einigung" ersetzte. Sonst wurde am Wesen dieses „dinglichen Vertrages" nichts geändert. Zum Eintritt einer Rechtsänderung ist im Sachenrechte des B. G. B. die Einigung über die Rechtsänderung und Uebergabe bezw. Eintragung erforderlich. So in § 873 zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücka — § 925 verlangt für diesen Fall eine besondere Form — ferner zur Belastung eines Grundstückes mit einem Rechte, also nach B. G. B. mit einem Erbbaurechte §§ 1012 ff., einer Grunddienstbarkeit §§ 1018 ff., einem Niessbrauche §§ 1032 ff., einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit §§ 1190 ff., einem Vorkaufsrechte §§ 1094 ff., einer Reallast §§ 1105 ff., einer Hypothek §§ 1113 ff.,

Grundschuld §§ 1191 ff. oder Rentenschuld §§ 1199 ff., ferner zur Uebertragung oder Belastung eines solchen Rechts. Einigung und Uebergabe werden verlangt in § 929 zur Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen, in §§ 1205 ff. zur Bestellung eines Pfandrechts, in § 1032 zur Begründung eines Niessbrauchs an solchen.

Einigung und Uebergabe bezw. Eintragung bilden die regelmässige [1]) Voraussetzung des Eintritts der Rechtsänderung im B. G. B. Sei es nun, dass diese beiden Momente zusammen, sei es dass die Einigung allein den dinglichen Vertrag darstellt, so ist letzterer zweifelsohne zur Grundlage des Sachenrechts im B. G. B. gemacht.

2. Aber auch wenn die Einigung allein den dinglichen Vertrag darstellt, so ist die in § 854 Abs. 2 beim Besitze erwähnte Einigung keineswegs als solcher aufzufassen, denn sie hat nicht den Eintritt einer Rechtsänderung zum Gegenstande, sondern ist auf Besitzerwerb gerichtet. Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob der Besitz ein jus oder ein factum sei, ist u. E. im B. G. B. im letzteren Sinne entschieden. Dies geht besonders aus § 268 Abs. 1 hervor, wo von dem jus offerendi der *Berechtigten* dasjenige des Besitzers unterschieden ist. Diese Einigung fällt also nicht in den Rahmen unserer Betrachtung.

[1]) Ueber die Ausnahmen, wo nur Einigung oder Eintragung bezw. Uebergabe nötig ist vergl. Strecker, Bruck u. a.

## § 7.

### Begriff des dinglichen Vertrags im B. G. R.

1. Die meisten Schriftsteller sehen den dinglichen Vertrag in der Einigung der B. G. R. Diese Ansicht wird zum Teil damit begründet, dass die Einigung Willensübereinstimmung über eine Rechtsänderung sei, so Cosack, Endemann, Strecker u. a. m. Nach den oben (§ 2) erfolgten Ausführungen genügt aber zum Begriffe des Vertrags die Willenseinigung über den Rechtserfolg nicht; der Vertrag als Rechtsgeschäft verlangt den Eintritt oder wenisgtens die Möglichkeit des Eintritts einer durch die Willenseinigung selbständig verursachten Rechtsänderung. Und diese Voraussetzung ist bei der Einigung nicht gegeben. Nach § 873 und § 929 ist zur Bewirkung der Rechtsänderung Einigung + Eintragung bezw. Uebergabe erforderlich. Die Einigung allein bringt den Rechtserfolg nicht, sie bildet nur einen Teil eines Rechtsaktes, der die Rechtsänderung bewirkt. Sie ist also nicht der dingliche Vertrag und insoweit auch sonst kein Vertrag, und Dernburg [1]), irrt und E., wenn er meint, dass diese Teil- oder Mitwirkung an der Rechtsänderung genüge, um die Einigung zu einem Vertrage zu stempeln. Recht hat Dernburg nur, wenn er weiter behauptet, dass der Umstand, dass aus der Einigung nicht geklagt werden könne, nicht gegen ihre Vertragsnatur spreche.

2. Mit der Feststellung, dass die Einigung selbständig die Rechtsänderung nicht bewirkt, ist aber das Urteil über sie noch nicht gefällt; ihre Rechtswirkung könnte sich ja anderweitig äussern. Und in der Tat wird

[1]) Dernburg: Bürgerl. Recht I., S. 330.

im Gegensatze zu den Ausführungen der Motive [1]) behauptet, die Einigung rufe einen Anspruch von spezifisch sachenrechtlicher Wirkung [2]), eine Art dingliche Rechtsgewalt, eine Bindung hervor, die ihrerseits zur Rechtsänderung verpflichte, aus der man klagen könne [3]).

Schon begrifflich liegt in diesen Aufstellungen eine vollständige Verkennung des Inhalts der Einigung. Diese hat, wie das Gesetz ergibt, die Rechtsänderung unmittelbar zum Gegenstande, während das Wesen des obligatorischen Vertrags als eines juris vinculum sich durch die Begründung einer *Verpflichtung* zur Rechtsänderung kennzeichnet. Die Einigung ist Teil des *Erfüllungsgeschäfts*, das keine Verpflichtung erzeugen will noch kann. Die Einigung begründet keinen Anspruch auf Leistung durch Eintragung oder Uebergabe des dinglichen Rechts, der durch Abtretungsvertrag auf Dritte übertragen werden könnte, wie Endemann meint. Eine Consequenz dieser Annahme wäre übrigens die, dass der Erwerber im Normalfalle, nämlich beim Vorhandensein des Causalgeschäfts, zwei denselben Gegenstand betreffende Ansprüche, nämlich ausser dem dinglichen Anspruche noch den obligatorischen abtreten könnte. Der Einfluss einer solchen Construction auf die Rechtssicherheit im Falle einer Cession beider Ansprüche an verschiedene Personen bedarf keiner weiteren Ausführung. Auf Grund der Einigung an sich kann weder Eintragung noch Uebergabe erzwungen werden. Geklagt werden kann blos aus dem Caulgeschäfte. Klage und Urteil gehen bei beweglichen Sachen auf Uebergabe zu Eigentum, zur Pfandrechtsbestellung u. s. w., bei Grundstücken auf Einwilligung in die Eintragung des

[1]) Mot. III., S. 8.

[2]) Endemann: Sachenrecht, S. 61, 81, 74 ff.

[3]) Strecker: Die Allgem. Vorschr. des B. G. B. über Rechte an Grundst., S. 25.

Rechts. Das Urteil ersetzt die Einigungserklärung der unterliegenden Partei (C. P. O. § 894). Die Einigung an sich hindert den Berechtigten auch nicht, über das Grundstück anderweitig zu verfügen, ohne dass er etwa Vertragsinteresse leiste müsste.

Auch die in § 873 Abs. 2 erwähnte Bindung erschöpft sich in ihrer Eigenschaft als Bindung an die Einigung und erzeugt nicht etwa eine weitergehende Verpflichtung. § 873 Abs. 2 ist terminologisch schlecht gefasst. Diese Bestimmung will nur die Unwiderruflichkeit der Erklärungen bei Beobachtung der vorgeschriebenen Form zum Ausdruck bringen. Und auch dieser Unterschied zwischen Widerruflichkeit und Unwiderruflichkeit ist von ganz minimaler Bedeutung; denn ist die Einigung widerruflich und wird sie widerrufen, so kann ja aus dem Grundgeschäfte auf Consenserklärung geklagt werden.

Auf einer vollständigen Verkennung des Wesens der Einigung beruht es auch, wenn Wolff [1]), der die in § 873 Abs. 2 zur Bindung verlangte Formvorschrift auch auf das obligatorische Causalgeschäft ausgedehnt wissen will, ausführt, die Einigung stehe nicht neben dem Causalgeschäfte, sondern sie decke sich mit einem Teile des letzteren, sie betreffe denselben Gegenstand; beide Vereinbarungen, sowohl der obligatorische Vertrag wie die dingliche Einigung könnten unmittelbar auf den Eintritt der dinglichen Wirkung gerichtet sein, die Einigung sei die Wiederholung der materiell gleichen Vereinbarung wie die des obligatorischen Vertrags u. s. w. oder wenn Küchendahl [2]) in dem obligatorischen Vertrage einen Vorvertrag zur Einigung als Hauptvertrag sieht.

---

[1]) Wolff in Gruchot 47, S. 26 ff.

[2]) Küchendahl in J. W. 1901, S. 701 ff.

Beide Geschäfte können tatsächlich zusammenfallen, juristisch decken sie sich aber niemals. Auch das Verhältnis der Vorvertrags zum Hauptvertrage ist nicht gegeben. Abgesehen davon, dass die Einigung kein Vertrag ist, sind die beiden Gebilde in ihrem Wesen und in ihren Wirkungen grundverschieden. Gewiss, beide beziehen sich auf die Rechtsänderung, das öknonomische Endziel jeder Verkehrshandlung. Aber das Causalgeschäft ist darauf nur mittelbar gerichtet, es enthält vorerst nur die Verpflichtung zur Rechtsänderung, während die Einigung diese Rechtsänderung unmittelbar herbeiführen will (gl. Entsch. des Reichsger., Bd. 45, S. 133 und Bd. 50, S. 82 ff.

Förster[1]) der bezüglich des Wesensunterschieds zwischen beiden Geschäften mit uns einig geht, spricht anderseits der Einigung selbstständige Wirkung zu. Die Einigung, meint er, enthalte die Eintragungsbewilligung des Erwerbers, sie habe die Wirksamkeit der Eintragung zur Folge, denn die Eintragung, die ohne Einigung erfolge, sei rechtunwirksam. Das Gesetz selbst gebe eine Klage aus dem dinglichen Vertrage, denn die dingliche Bindung scheine keinen rechten Sinn zu haben, wenn aus ihr nicht auf Erfüllung von Förmlichkeiten geklagt werden könnte, von welchen nach den Ordnungsvorschriften der G. B. O. die Eintragung abhängig gemacht werden könne; arg. § 1154 wonach die Eintragung der Abtretung zur Herbeiführung des Uebergangs der Hypothekenforderung nicht erforderlich sei und dennoch nach Satz 2 eod. der neue Gläubiger die öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung verlangen könne und zwar lediglich auf Grund der Abtretung „des dinglichen Vertrages". Gerade die letztere Behauptung, auf welcher die ganze

[1]) Förster im Recht 1901, S. 579 ff. und 1903, S. 54 ff.

Deduction Förster's beruht, dass im Falle von § 1154 ein dinglicher Vertrag vorliege, müssen wir als unrichtig bezeichnen. Wie Förster selbst zugibt, handelt es sich um einen Ausnahmefall. Von einem dinglichen Vertrage kann keine Rede sein. Die Einigung in § 1154 Abs. 1 betrifft nur die Abtretung der Forderung. Die Hypothek geht allerdings kraft ihrer accessorischen Natur mit über (§ 1153), aber ipso jure, nicht auf Grund einer dinglichen Einigung. Der von Förster gezogene Schluss ist also mangels Bestandes der Prämisse falsch. Förster geht aber noch weiter und folgert aus dem Falle von § 1154, dass die Einigung auch dann bindend sein könne, wenn sie auch den Ordnungsvorschriften von § 873 nicht entspreche. Auch diese Schlussfolgerung muss also zurückgewiesen werden. Auch eine Anerkennungsklage, wie sie Förster zur Vermeidung „einer heillosen Rechtsunsicherheit" aus der Einigung gegeben wissen will, ist nicht zulässig. Die Einigung selbst hat noch keine Rechtswirkung zur Folge, es ist deshalb keine Klage, auch keine Feststellungsklage, aus derselben möglich (cf. C. P. O. § 256). Dass die Auflassung etwa wie Fuchs [1]) annimmt, eine Verfügungsbeschränkung des Veräusserers begründet und daher gegen jeden dritten Erwerber, der sie kennt, wirksam ist, entbehrt hiernach ebenfalls der gesetzlichen Grundlage.

Wegen dieser Unselbständigkeit aber der Einigung jede Existenzberechtigung absprechen zu wollen, hiesse zu weit gehen. Die Einigung bleibt trotzdem, allerdings mit Uebergabe bezw. Eintragung zusammen, materielle Voraussetzung der Rechtsänderung. Es kann keine Rede davon sein, dass die Eintragungsbewilligung

[1]) Fuchs. Grundbuchrecht, S. 225.

und nicht die Einigung [1]) den dinglichen Vertrag mitenthalte, das Leitungsgeschäft darstelle. Das B. G. B. hat, wie bekannt, die Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Concensprinzip durchgeführt und die formellen Voraussetzungen der Eintragung im Grundbuche in der G. B. O. speziell geregelt (formelles Consensprinzip). Richtig ist nur, dass der Inhalt der Einigung nach § 828 Abs. 2 des ersten Entwurfs dahin lautete, dass der Berechtigte die Eintragung bewillige und der andere Teil diese Bewilligung annehme. Diese Bestimmung wurde aber bei der zweiten Lesung gerade deshalb anders gefasst, weil man zur Einsicht gekommen war, dass zur Einigung keine bestimmte Worte nötig seien, und der Ausdruck „bewilligen" nach der allgemeinen Terminologie des Gesetzes bei der der Eintragung nachfolgenden Einigung nicht passe.

3. Nach dem Wortlaute der einschlägigen Gesetzesbestimmungen ist daran festzuhalten, dass Einigung und Uebergabe bezw. Eintragung zwei selbständige Erfordernisse der Rechtsänderung sind. Es wird also bei einer Divergenz zwischen den beiden Bestandteilen die Rechtsänderung nur insoweit eintreten als beide sich decken, und zwar kommt u. E., mag man dieselben als ein einheitliches Rechtsgeschäft auffassen oder nur als ein vertragsähnliches Gebilde, § 139 B. G. B. zur Anwendung. Bei einer Incongruenz der beiden Momente sind also beide in dubio nichtig.

Abzuweisen ist die sich offenbar an die obenerwähnte gemeinrechtliche Traditionstheorie anlehnende Ansicht Johow's [2]), der in der Uebergabe die Form des Uebereignungsvertrags sieht. Dieser Gedanke wird

[1]) cf. Wolff, a. a. O., S. 39. Kindel, a. a. O., S. 204 ff. Wendt, a. a. O., S. 51.

[2]) Johow. Begründung Sachenrecht, II., 755.

in den Protokollen[1]) mit Recht ausdrücklich verworfen: „Anlangend endlich das Verhältnis der Uebergabe zur Willenseinigung so beschloss man, zum Ausdruck zu bringen, dass die Uebergabe zu der Vereinbarung hinzukommen müsse; die Uebergabe stelle nicht die Form dar, in welcher die Vereinbarung zu Tage trete, sondern sie sei ein selbständiges Erfordernis für die Eigentumsübertragung". Die Uebergabe ist also nicht eine blos äussere Erscheinungsform der Einigung, sie tritt als gleichwertiger Faktor neben sie. Dass sie keine Form ist, ergibt sich auch daraus, dass sie der Einigung vorausgehen kann. Ich kann heute jemandem eine Sache als Depositum, Pfand u. s. w. übergeben und morgen mich mit ihm über den Eigentumsübergang an dieser Sache einigen. Ferner spricht gegen die angezogene Meinung der Umstand, dass die tatsächliche Uebergabe nicht absolut erforderlich ist. In § 929 Satz 2 und § 930 wird sie ersetzt durch eine Vereinbarung, in § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache.

Die Uebergabe tritt auch nicht etwa zu der Einigung als Bedingung, von deren Erfüllung der Eintritt der dinglichen Wirkung abhängig ist, sondern vor der Uebergabe bezw. ihren Surrogaten liegt, wie bereits nachgewiesen, überhaupt kein rechtlich relevantes Verhältnis vor.

Cosack[2]) endlich sieht ausser in der Einigung auch in der Uebergabe einen Vertrag, so dass wir einen dinglichen Doppelvertrag hätten bestehend aus den beiden Verträgen, Einigung und Uebergabe. Cosack steht mit dieser Theorie, die offenbar unrichtig ist, mit den Gegnern der Consenstheorie in noch weit stärkerem Gegensatze als wir.

[1]) Prot. III., 196.

[2]) Cosack. Lehrbuch, II., 116.

An die Stelle der Uebergabe tritt bei Grundstücken die Eintragung. Auch sie ist ein gleichwertiges Erfordernis der Rechtsänderung und stellt nicht etwa die Form der Einigung dar. Sie hat rechtserzeugende und nicht deklaratorische Wirkung. Letzteres trifft nur zu, wenn die Rechtsänderung ohne Eintragung eintritt, wie im Erbfalle, bei Eintritt der Gütergemeinschaft u. s. w., also in Ausnahmefällen. Die Eintragung stellt auch nicht den Eintritt des beabsichtigten Erfolges dar [1]). Beabsichtigter Erfolg ist die materielle Rechtsänderung, nicht die Eintragung, wie § 873 es klar ausspricht. Die Einigung braucht auch der Eintragung ebensowenig voranzugehen, wie der Uebergabe. Nur durch Ordnungsvorschrift (§ 20 G. B. O.) ist bestimmt, dass für die Eigentumsübertragung sowie für die Bestellung und Uebertragung eines Erbbaurechts die Eintragung erst nach Erklärung der Einigung erfolgen soll, während sonst die Vorlage einer Eintragungsbewilligung des Passivbeteiligten genügt (G. B. O. § 19). Aber auch diese Bewilligung wird in der Regel nur auf Grund der bereits erfolgten Einigung gegeben werden oder, wenn dies nicht der Fall ist, wird man wohl zumeist die Einigungserklärungen in der Aushändigung und Annahme dieser Bewilligung bezw. Stellung des Eintragungsantrags sehen dürfen. (Ueber diese Frage weiter unten § 9.)

Eine analoge Theorie derjenigen, wie sie Cosack für die Mobilienübereignung vertritt, stellt Küchendahl [2]) für den Grundstücksverkehr auf. Nach ihm besteht der Rechtsvorgang des § 873 aus selbständigen Rechtsgeschäften, von welchen die Einigung das obligatorische, die Eintragung das dingliche Moment bilde; erst durch das Zusammentreffen beider vollziehe sich

[1]) Förster. Recht, 1903, S. 54 ff.

[2]) Küchendahl in J. W., 1902, S. 200 ff.

die Verfügung über das dingliche Recht, die Rechtsänderung. Die Auffassung des dinglichen Vertrags als eines Ausführungsgeschäftes, ist nach ihm unzutreffend. Aus den bereits mehrfach wiederholten Ausführungen über das Wesen der dinglichen Einigung und des dinglichen Vertrags ergibt sich die Unrichtigkeit dieser Ansicht.

Das Verhältnis zwischen Einigung und Eintragung ist insofern ein anderes als dasjenige der Einigung zur Uebergabe als die ersteren zwei verschiedenen Rechtsgebieten angehören. Die Einigung wie die Uebergabe entspringen dem Privatwillen der Parteien, die Eintragung ist Ausfluss der staatlichen Autorität, ist ein obrigkeitlicher Akt. „Es handelt sich da nicht um eine Verschmelzung gleichartiger Willen, sondern um ein mixtum compositum aus verschiedenen Rechtsgebieten [1]).

4. Nur beide Momente: Einigung und Uebergabe oder Einigung und Eintragung zusammen bewirken die Rechtsänderung. Kann man deshalb vielleicht diese beiden Momente, als Tatbestand zusammengefasst, als dinglichen Vertrag auffassen? Wir glauben diese Frage bejahen zu dürfen.

Wie oben (§ 2) bereits hervorgehoben wurde, entsprechen sich die Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung keineswegs. Daz Rechtsgeschäft kann ausser letzterer noch andere Bestandteile enthalten, sinnlich wahrnehmbare Ereignisse irgend welcher Art, „Naturalakte“, wie sie Bekker nennt, so bei der Occupation die Besitzergreifung, bei der Dereliction die Besitzaufgabe, bei der Tradition die Besitzübertragung. Die Uebergabe ist also ein solcher „Naturalakt“, darüber werden wohl keine Zweifel entstehen. Anders mit der Eintragung. Sie ist obrigkeitlicher Akt, nicht direkt Ausfluss des Parteiwillens, ihre Voraussetzungen sind in

[1]) Kuntze. Der Gesamtakt, S. 71.

der G. B. O. normirt, die dem formellen Consensprinzip unterliegt, während die Einigung im B. G. B. statuirt und vom materiellen Consensprinzip beherscht wird [1]). Einigung und Eintragung sollen deshalb nicht zu einem Tatbestande zusammengefasst werden können.

Wir bestreiten keineswegs, dass beide Elemente heterogener Natur sind, die Einigung ist eben Willensakt, die Eintragung Naturalakt. Dass beide Momente aber unmittelbar [2]) und ausschliesslich auf dem Parteiwillen beruhen müssten, scheint uns der Begriff des Rechtsgeschäfts nicht zu verlangen.

Sowohl Uebergabe wie Eintragung haben nach Endemann [3]) die erwartete innige Verbindung mit der Einigung nicht gefunden, zwischen Eintragung und Einigung insbesondere trete die Eintragungsbewilligung, es sei auch nicht für einen engen zeitlichen Zusammenschluss der beiden Momente gesorgt. Auch diese Argumente sprechen u. E. nicht gegen die Rechtsgeschäftsnatur unseres Rechtsvorganges. Mag auch die Eintragung sogar, wegen ihrer besonderen Construction, mit der Einigung nicht zusammenfallen können, so wird sie doch begrifflich keineswegs von derselben durch die Eintragungsbewilligung getrennt. Letztere bildet keineswegs ein materielles, zwischen die beiden Momente geschobenes neues Moment, sondern sie regelt rein formell die Voraussetzungen der Eintragung. Das zeitliche Auseinanderfallen wird aber ebenfalls dem Rechtsgeschäftsbegriffe keinen Eintrag tun. Die Frage ist einzig und allein die, ob beide Momente begrifflich zusammengehören können und nach dem heutigen Stande der Wissenschaft sehen wir kein Hindernis hiergegen.

[1]) Fuchs in der Festgabe f. Wilke, S. 100.

[2]) Mittelbar beruht die Eintragung auch auf dem Parteiwillen.

[3]) Endemann, a. a. O., II., S. 75.

In allerjüngster Zeit hat Ortlieb[1]), im Endresultate dieselbe Ansicht ausgesprochen, wie sie hier vertreten wird. Er nennt die beiden Elemente des dinglichen Vertrags im B. G. B. Willens- und Realmoment und den dinglichen Vertrag selbst einen „Realvertrag", und zwar, meint er, liege ein Realgeschäft vor, wie ihn Schenkung, Darlehen oder Zahlung darstellen.

Wir stimmen mit Ortlieb im Princip überein. Ob wir deshalb den dinglichen Vertrag des B. G. B. ein Natural- oder ob wir ihn ein Realgeschäft nennen, würde an und für sich schliesslich auf dasselbe hinauskommen. Wir müssen aber dagegen Stellung nehmen, dass der dingliche Vertrag mit den Realverträgen, wie sie bisher bekannt waren, in einen Topf geworden wird. Ortlieb meint, nur ihrem Inhalte nach sei die Einigung bei der Eigentumsübertragung von der Einigung beim Darlehensvertrage oder der Schenkung verschieden. Bei der ersteren nämlich bilde den Inhalt der Einigung die Begründung eines dinglichen, bei der anderen die eines obligatorischen Rechts. Dieser Unterschied des Inhalts begründe aber keinen des Wesens.

U. E. sind aber dinglicher Vertrag und Realgeschäft in ihrer Struktur gar nicht mit einander zu vergleichen, denn letzteres besteht aus der obligatorischen Willenseinigung + Leistungsgeschäft und dieses wieder wird gebildet durch den dinglichen Vertrag oder ein Surrogat desselben. Keinesfalls aber besteht das Leistungsgeschäft aus einem blossen Naturalakte, dieses behaupten, hiesse den dinglichen Vertrag wieder abschwören. So erfordert das Darlehn ausser der Darlehenseinigung die Uebetragung des

[1]) Ortlieb: Einigung u. dingl. Vertrag 1904, besonders S. 35 ff.

Eigentums an Geldstücken u. s. w. bezw. die entsprechende surrogirende Vereinbarung (B. G. B. § 607). Diese Uebertragung ebenso wie die Zuwendung bei der Schenkung ist ein dinglicher Vertrag. Und auch in der Zahlung wiederholt sich der dingliche Vertrag.

Auf die Realgeschäfte als Analoga kann man sich deshalb nicht berufen und deshalb — aber nur aus diesem rein historischen Grunde — könnte es u. E. zu Verwirrung führen, wenn man den dinglichen Vertrag des B. G. B. einen Realvertrag nennen wollte. Wenn man seine Eigenart kennzeichnen will, so nenne man ihn im Anschluss an die Terminologie Bekkers einen „Naturalvertrag".

## § 8.

### Die abstracte Natur des dinglichen Vertrags im B. G. B.

1. Es ist oben ausgeführt worden, dass der dingliche Vertrag ein juristisches Kunstproduct ist und dass der eigentliche Wert dieses Begriffs in seiner Loslösung vom Causalgeschäfte liegt.

Der § 829 des ersten Entwurfs brachte die abstrakte Natur des dinglichen Vertrags zum Ausdruck:

„Zur Wirksamkeit des in § 828 bezeichneten (dinglichen) Vertrages, hiess es dort, ist die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich. Die Wirksamkeit des Vertrages wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Vertragschliessenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben oder dass der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war".

Diese Bestimmung wurde später gestrichen, weil sie selbstverständlich sei. Und in der Tat ist die

abstrakte Natur des dinglichen Vertrags aus dem Gesetze zu entnehmen. Gefordert wird zum Bewirken einer Rechtsänderung nur die Einigung über den Eintritt derselben: über den Uebergang des Eigentums, die Begründung des Niessbrauchs u. s. w., im Vereine mit der Uebergabe oder der Eintragung, nicht auch die Einigung über die zu Grunde liegende causa (vgl. §§ 873, 929, 1204 u. s. w.).

Auch im B. G. B. ist also die causa aus dem Gesamttatbestande ausgeschieden, sie ist nicht Bestandteil desselben, obligatorischer und dinglicher Vertrag sind getrennt, letzterer ist auch nach der Systematik des B. G. B. begrifflich abstract.

2. Diese begriffliche Abstractheit bedeutet aber u. E. nur, dass in dubio die Unabhängigkeit beider Verträge von einander angenommen werden muss, nicht aber etwa, dass nunmehr auch durch Parteiwillen diese Abhängigkeit nicht mehr hergestellt werden kann, dass der eigentliche dingliche Vertrag nicht mehr beseitigt werden könnte. Für diese Annahme bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt. Bruck [1]) scheint uns mit Unrecht aus § 925 Abs. 2 zu schliessen, dass die Auflassung allein begrifflich abstract sei. Begrifflich abstract ist der dingliche Vertrag an sich auch in den Fällen ausser der Auflassung. § 925 Abs. 2 stellt nur insofern einen Ausnahmefall dar, als hiernach die Abhängigkeit der Einigung von der causa durch Vermittlung einer Bedingung bei der Auflassung nicht bewirkt werden kann. Diese Verwendung der Bedingung zur Verkettung der beiden Rechtsgeschäfte, zur Herstellung des natürlichen Gesamttatbestandes ist aber im Falle des Getrenntseins derselben, dem Wesen der Bedingung als einer zukünftigen Tatsache entsprechend, nur denkbar, wenn der dingliche Vertrag

[1]) Bruck a. a. O., S. 27.

vorausgeht und das Causalgeschäft nachfolgt [1]). Z. B. wir bestellen eine Hypothek an unserem Grundstücke, die aber verabredungsgemäss nur in dem Falle rechtsbeständig sein soll, wenn wir über den Kauf betreffend die Hypothek einig werden. Die Bedingtheit braucht nicht ausdrücklich erklärt zu sein, sie kann sich aus den Umständen ergeben, so in den oben erwähnten Fällen Strohal's. Wenn also, um das zweite dieser Beispiele heranzuziehen, A dem B erklärt, er könne die in seiner — des B — Verwahrung befindliche Uhr gegen Zahlung von 30 Mk. behalten, so liegt auf der Hand, dass A die Uhr nur gegen Zahlung hergeben wollte. Auch im Falle der Gleichzeitigkeit beider Geschäfte kann eine solche Abhängigkeit in Gestalt der Bedingtheit des dinglichen Geschäfts gewollt sein [2]).

3. Wie aber, wenn diese Verknüpfung vermittels der Bedingung nicht stattfindet oder unmöglich ist, weil das Causalgeschäft dem dinglichen Vertrag vorausgeht?

Man hat versucht, mit § 139 B. G. B. zu operiren und beide Geschäfte als *ein* Rechtsgeschäft aufzufassen, so dass je nach Lage der Sache die Mängel des Causalgeschäfts, auch wenn sie den dinglichen Vertrag nicht affiziren, auch den letzteren mitvernichten würden. Hiernach wären *beide* Verträge im Falle der Nichtigkeit des *einen* in dubio nichtig, also jedesmal, wenn nicht der Beweis gelänge, dass der dingliche Vertrag auch ohne den obligatorischen vorgenommen worden wäre. Wir glauben, dass mit dieser Theorie die mit der Abstraction erstrebte Rechtssicherheit verloren ginge, denn dieser Beweis wäre selten zu erbringen. Ohne Rechtsgrund handelt im wirtschaftlichen Leben schlechterdings niemand.

[1]) Dernburg, Pand., § 213 N. 9.

[2]) vgl. R. G. E. 19. 2. 04. u. J. W. 1904 Beil. S. 168.

Wir sind aber der Meinung, dass § 139 auch aus formellen Gründen keine Anwendung finden kann. Dieser Paragraph verlangt *ein* Rechtsgeschäft. Obligatorischer und dinglicher Vertrag stellen nun zwar einen und denselben wirtschaftlichen Vorgang dar, juristisch bilden sie aber keine Einheit, juristisch bilden sie zwei verschiedene Rechtsgeschäfte. Die Ansicht Staffels [1]), dass die Anwendung von § 139 ausgeschlossen sei, weil derselbe den Parteiwillen zum entscheidenden Faktor stemple, während die den dinglichen Vertrag beherrschenden Rechtssätze dem öffentlichen Rechte angehörten, können wir mit dieser Begründung nicht teilen. Diese Bestimmungen sind keineswegs öffentlich rechtlicher Natur. Sie trennen allerdings im öffentlichen Interesse das dingliche vom obligatorischen Elemente. Diese Normirung ist aber dispositiver Natur, unterliegt der Möglichkeit einer Abänderung durch Parteiwillen. Der Parteiwille kann die Trennung zwischen beiden Geschäften aufheben, der Parteiwille ist also hinsichtlich ihrer keineswegs als Faktor eliminirt und aus diesem Grunde stände u. E. einer Anwendung von § 139 nichts im Wege. Dagegen bildet das weitere Argument Staffels gegen die Anwendung von § 139, dass nämlich sonst der Anwendung der Condictionen auf einem Gebiete, für das sie nach ihrem gesetzgeberischen Zwecke vernehmlich mitberechnet seien, der Boden entzogen wäre, eine weitere Ausführung des von uns oben wiedergegebenen Gedankens, dass bei Anwendung von § 139 die Trennung zwischen dinglichem und obligatorischem Vertrage, praktisch gesehen, aufgehoben würde.

4. Dernburg [2]) ist der Ansicht, dass im Falle der Ungültigkeit des Causalgeschäfts wegen mangelnden

[1]) Staffel im Sächs. Arch., Bd. 9, 360 ff.

[2]) Dernburg, a. a. O., III., 189 ff.

Rechtsgrundes der dingliche Vertrag nicht in Mitleidenschaft gezogen werde, dass dagegen im Falle des Betrugs, der Drohung und des wesentlichen Irrtums auch der dingliche Vertrag ungültig sei, da diese Mängel den letzteren doch schliesslich mittelbar affizirten. Wir können diese Ansicht nicht teilen. U. E. ist der dingliche Vertrag zunächst (d. h. vorbehaltlich der Bereicherungsansprüche) rein für sich betrachten. Es ist zu untersuchen, ob er an sich ebenfalls mit einem Mangel, sei es auch derjenige, durch den das Causalgeschäft bereits betroffen wurde, behaftet ist. Und nur, wenn dieses der Fäll ist, wird auch er unwirksam bezw. anfechtbar sein. So verlangt es seine abstrakte Natur. Die Rechtsänderuug tritt also an und für sich auch dann ein, wenn das Causalgeschäft z. B. als gegen die guten Sitten verstossend, nichtig oder wegen Irrtums angefochten worden ist [1]). Auslegungsfrage wird es dann sein, inwieweit das affizirende Moment bei Eingehung des dinglichen Vertrages fortgedauert und insofern den dinglichen Vertrag, aber unmittelbar, nicht mittelbar, mitergriffen hat.

Eine andere Frage ist die, ob der dingliche Vertrag allein etwa oder durch einen andern Mangel als denjenigen des obligatorischen Vertrags affizirt wurde. Unter diesem Gesichtspunkte können wir den Ausführungen Staffel's nicht durchweg zustimmen. So nicht, wenn er sich Dernburg anschliesst und aufstellt, dass keine sachenrechtliche Wirkuugen eintreten, wenn das Zustandekommen des Grundgeschäfts an der fehlenden Willensübereinstimmung scheitert, und dies an folgendem Beispiel erläutert: „Wenn die Parteien nicht einig seien über die Kaufbedingungen, so werde auch die während der Verhandlungen im Voraus er-

[1]) Vgl. B. G. B. § 817. Oertmann a. a. O. Commentar zu § 817.

folgte Uebergabe nicht als ernstlich beabsichtigt gelten können."

Nichts von alledem. Wenn dem dinglichen Vertrage an sich kein Mangel anhaftet in diesem Beispielsfalle, so kann er höchstens deshalb unwirksam sein, weil sein Bestand durch das Zustandekommen des Kaufgeschäfts bedingt war. Dies ist Auslegungsfrage. Die Bedingtheit lässt sich aber in diesem Beispiel anwenden, weil das dingliche Geschäfte dem obligatorischen zeitlich vorausgeht. Dasselbe gilt für die Fälle der unstatthaften Beeinflussung der Beweggründe, soweit dieselbe rechtlich relevant ist, also für Betrug und Drohung. Dass der dingliche Vertrag gemäss seiner Natur als Vollzug des Grundgeschäfts den Folgen der Irreleitung der Motive an und für sich gleichfalls unterliegen müsse, wie Staffel meint, scheint uns nicht richtig und besonders können wir der jeder Grundlage entbehrenden Unterscheidung Staffel's nicht beipflichten, die bestehen soll, wenn das Grundgeschäft in seinem vollen Umfange unwirksam wird und, wenn dies nur bei einem Teile zutrifft. Wenn die Mängel des Grundgeschäfts auf den dinglichen Vertrag einwirken, so kommt es u. E. nicht darauf an, ob ersteres ganz oder nur partiell affizirt wurde. Ob also in dem von Staffel angeführten Beispiele der Erwerber den Verkäufer durch Täuschung veranlasst hat, den ganzen Preis oder nur einen Teil desselben in Gestalt von Wertpapieren zu vermeintlich hohem Kurswerte in Empfang zu nehmen, ist u. E. für die principielle Frage, ob Einwirkung auf den dinglichen Vertrag erfolgte oder nicht, gleichgültig. In der Regel aber, und damit werden wir mit Staffel im Endresultate im grossen und ganzen übereinstimmen, wird der durch unstatthafte Beeinflussung der Beweggründe hervorgerufene Mangel des Causalgeschäfts

auch beim Abschlusse des dinglichen Vertrags weiterwirken [1]). Diese Weiterwirkung wird aber z. B. aufhören, wenn der Veräusserer nach Abschluss des obligatorischen Geschäfts den Mangel erfährt und trotzdem das dingliche Geschäft abschliesst.

Dass ein bei Abschluss des Causalgeschäfts unterlaufener Verlautbarungsirrtum oder Irrtum in der Erklärung nach der von uns vertretenen Ansicht nicht mittelbar auf den dinglichen Vertrag wirken kann, bedarf keiner weiteren Ausführung. Ein Irrtum über Eigenschaften der Person oder Sache ist bei dem dinglichen Vertrage überhaupt nicht möglich, denn ob eine Eigenschaft wesentlich ist, ist nur aus dem Zwecke des Geschäfts zu entnehmen, das abstracte Geschäft verschweigt aber seinen Zweck [2]). Mit dem Irrtume über eine wesentliche Eigenschaft ist aber u. E. nicht zu verwechseln der Irrtum über die Person oder über die Identität des Vertragsgegenstandes, der unter § 119 Abs. 1 B. G. B. fällt und beim dinglichen Vertrage zutreffen kann [3]).

5. Wegen der ebenerwähnten Farblosigkeit des dinglichen Geschäfts ist es auch ausgeschlossen, dass der dingliche Vertrag an und für sich gegen die guten Sitten verstösst (B. G. B. § 138). Wenn der Schuldner diesen Einwand zu seiner Verteidigung benützen will, so ist er genötigt, auf das Grundgeschäft einzugehen, um über die Farblosigkeit des abstracten Aktes hinaus die Collision des ganzen Geschäfts mit den

---

[1]) Vgl. Nissen in der J. W. 1904, Nr. 44 47, Planck Commentar Bem. 2 zu § 123.

[2]) Vgl. Kaufmann in D. J. Z. 1904, S. 349.
„ auch Staudinger a. a. O. I., S. 297.
„ „ Dernburg a. a. O. I., S. 432.

[3]) Hölder will diesen Unterschied nicht machen. Dagegen Planck I, 213.

diesbezüglichen Vorschriften der Rechtsordnung nachzuweisen [1]). Anders läge die Sache, wenn die Rechtsordnung ihre Bestimmung im B. G. B. derart gefasst hätte oder, besser gesagt, hätte fassen können, dass das dingliche Geschäft rein objektiv, ohne Berücksichtigung der subjectiven Seite gegen dasselbe verstösst. Wenn dieses der Fall wäre, so wäre ohne Zweifel damit die Beziehung zwischen Causalgeschäft und dinglichem Geschäfte in gewissem Sinne wiederhergestellt, die causa durch eine Hintertüre wieder in den Tatbestand aufgenommen und damit der Standpunkt des begrifflich abstracten dinglichen Vertrags wieder verlassen. Denn dieser Zustand wäre der primäre, durch die Rechtsordnung geschaffene, und nicht zu verwechseln mit dem Falle der Aufhebung der Abstraktheit durch den Parteiwillen. § 138 B. G. B. bestimmt nun, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, nichtig ist. Mit dieser Vorschrift ist u. E. an dem abstracten Charakten des dinglichen Vertrags nichts geändert. An sich, für sich allein betrachtet, können Eigentumsübertragung, Pfandbestellung u. s. w. nicht gegen die guten Sitten verstossen. Diesem Wortlaute gegenüber kann man sich wohl nicht auf die Entstehungsgeschichte des § 138 berufen. Wenn man geltend macht, dass die zweite Kommission dem § 138, der früher lautete: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt... verstösst", seine jetzige Fassung gab, um zum Ausdruck zu bringen, dass die Berücksichtigung der subjectiven Seite notwendig sei, so ist dem zu entgegnen, dass der Wortlaut des § 138 diesem Gedanken keinen Ausdruck verleiht, ferner aber und ganz besonders, dass gerade die zweite Kommission bei jeder Gelegenheit die abstracte Natur des dinglichen Vertrags

[1]) Klingmüller a. a. O., S. 113.

ausdrücklich hervorgehoben hat. Die Ausführungen Klingmüllers [1]), dass die absoluten Vorschriften der Rechtsordnung über unsittliche Geschäfte auch den abstracten Geschäften gegenüber durchgreifen müssten, da diese Vorschriften infolge ihres zwingenden Charakters durch Parteivereinbarung im Wege der Constituirung eines abstracten Forderungsrechts nicht ausser Kraft gesetzt werden könnten, können in unserem Falle, wo es sich um dingliche Rechte handelt, auch nicht analog zutreffen, da die Abstractheit des dinglichen Vertrags nach dem B. G. B nicht auf dem Willen der Parteien beruht, wie bereits ausgeführt [2]). Diese logische Trennung der beiden Geschäfte kann natürlich auch hier durch den Parteiwillen aufgehoben werden, es sei denn, dass das Causalgeschäft dem dinglichen Vertrage vorausgeht, und so kann *mittelbar* der dingliche Vertrag wegen Verstosses gegen die guten Sitten hinfällig sein [3]).

## § 9.

### Anwendbarkeit der Vorschriften des allgemeinen Teils des B. G. B. auf den dinglichen Vertrag.

Der dingliche Vertrag als Rechtsgeschäft unterliegt den darauf bezüglichen Vorschriften. Die Frage wird aber die sein, inwieweit die einschlägigen Bestimmungen des allgemeinen Teiles des B. G. B. Anwendung finden dürfen. Denn das B. G. B. sieht in dem Rechtsgeschäfte nur die Willenserklärung, während es die Naturalakte in dem Tatbestande des Rechtsgeschäfts

[1]) Klingmüller a. a. O., S. 133.

[2]) Gegen Klingmüller: Oertmann: Recht der Schuldverh., S. 546; ferner Planck I., 249.

[3]) Vgl. R. G. E. 19. 2. 04 in J. W. 1904, S. 168.

übersehen und seine Vorschriften dementsprechend einseitig aufgestellt hat, so dass sie nur auf die „reinen Willensgeschäfte“ passen. Soweit es daher auf das Willensmoment, die *einzelne* Willenserklärung ankommt, werden die entsprechenden Vorschriften im Princip Anwendung finden. Anders die Bestimmungen über die Willenseinigung, den Vertrag im allgemeinen Teile, auf die wir weiter unten zurückkommen werden.

Nach dem soeben Ausgeführten werden Platz greifen die Vorschriften des 2. Titels §§ 116 ff., die bereits oben zum Teil herangezogen wurden, mit den bereits gemachtem Vorbehalte, die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit §§ 104 ff., über Vertretung und Vollmacht §§ 164 ff., über Einwilligung und Genehmigung §§ 182 ff., über Bedingung und Befristung §§ 158 ff.

Da nun das B. G. B., wenn es vom Rechtsgeschäfte spricht, die Willenserklärung meint, so sind die Vorschriften des allgemeinen Teils, auch wo sie vom Rechtsgeschäfte sprechen, nur auf das Willensmoment des dinglichen Vertrags anzuwenden. So wird u. E. nur das Willensmoment bedingt oder befristet, tritt nur zum Willensmomente die Genehmigung oder Einwilligung.

Eccius[1]) hat deshalb mit Unrecht die Anwendbarkeit von § 177 auf den dinglichen Vertrag bestritten. Die Einigung vor erfolgter Uebergabe oder Eintragung sei nicht genehmigungsfähig, meint er, weil sie kein Vertrag sei. Deshalb könne z. B. auf Grund einer von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommenen Auflassung, auch wenn die Genehmigung erfolge, die Eintragung nicht erfolgen. Bei dem dinglichen Vertrage sei auch ein Anspruch auf Erfüllung, wie ihn der § 179 gebe, ausgeschlossen. Die von einem Vertreter ohne

[1]) Eccius in Gruchot, 47, S. 61 ff. D. J. Z., 1902, S. 61, 95.

Vertretungsmacht vorgenommene Verfügung sei eine solche eines Nichtberechtigten und falle daher unter den § 185. Diesen Ausführungen ist zu entgegnen, dass allerdings aus dem dinglichen Vertrage kein Erfüllungsanspruch erwachsen kann und die Einigung kein Vertrag ist, dass aber die Genehmigung zu der Einigung hinzutreten kann und dass insbesondere, ob die Einigung genehmigt wird oder nicht, die Eintragung erfolgen kann. Die Einigung ist doch nicht Voraussetzung der Eintragung. Beide Momente sind selbstständige Voraussetzungen der Rechtsänderung. Verlangt aber die G. B. O., wie es § 20 daselbst vorschreibt, rein formell das Vorhandensein der Einigung vor der Eintragung, so genügt u. E. die an sich genehmigte Einigung. Die Anwendbarkeit des § 177 ist, wie im Zusammenhang noch ausgeführt werden mag, auch völlig unabhängig davon, ob dem Vertretenen das Recht, über welches durch den Vertrag verfügt wurde, zustand oder nicht. Im letzteren Falle liegt Verfügung eines Nichtberechtigten vor, sobald die Genehmigung erfolgt, und es muss also noch die Genehmigung des § 185 hinzukommen, damit das Geschäft ganz gültig wird. Die Verfügung eines Nichtberechtigten und diejenige eines Vertreters ohne Vertretungsmacht ist wohl zu unterscheiden.

Das B. G. B. gebraucht den Ausdruck Rechtsgeschäft im Sinne von Willenserklärung, aber auch umgekehrt den letzteren im Sinne von Rechtsgeschäft. So kann das nach § 122 gewährte Vertragsinteresse erst nach vollständigem Zustandekommen des dinglichen Vertrags verlangt werden, also nicht schon nach Eintritt des Willensmoments allein, sondern erst wenn auch der Naturalakt dazu gekommen ist.

2. Die Litteratur erklärt die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Vertrag §§ 145 ff. fast aus-

nahmlos für zulässig. Bei näherer Betrachtung dieser Bestimmungen ergibt sich aber, dass sie auf den obligatorischen Vertrag zugeschnitten sind. Schon der erste Paragraph des dritten Titels, § 145, spricht von der bindenden Kraft des Antrags. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass die so gearteten Bestimmungen beim dinglichen Vertrage keine Anwendung finden können, weil sie dem Wesen desselben widersprechen. Von einer Bindung kann ja bei der Einigung des dinglichen Vertrages, wie bereits ausgeführt, keine Rede sein. Also auch nicht beim dinglichen Antrage. Diese Consequenz spricht das Gesetz auch indirekt im § 956 aus. Dieser Paragraph behandelt den Fruchterwerb auf Grund einer persönlichen Gestattung. Diese enthält gleichzeitig die Einigungsofferte, welche mit der in dem Besitzerwerbe bezw. der blossen Trennung der Erzeugnisse und Bestandteile liegenden Einigungsannahme zum Abschluss des dinglichen Vertrags führt. Denn es tritt Eigentumserwerb ein und dieser ist nach Lage der Sache nur auf das Zustandekommen des dinglichen Vertrags zurückzuführen. Diese Offerte, bestimmt nun § 956 Satz 2, ist unwiderruflich, solange sich der Andere im Besitze der Sache befindet. Daraus folgt aber, dass hier ein Ausnahmefall statuirt werden sollte, und dass also sonst das B. G. B. die bindende Kraft der Offerte im Sachenrechte nicht angewendet wissen will, dass also in allen Fällen ausser demjenigen des § 956 die dingliche Offerte frei widerruflich ist [1]). In diesem Sinne ist wohl auch folgender Fall zu entscheiden [2]): Der Erbe A hat dem Legatar B, dem nach dem Testamente eine goldene Uhr vermacht ist, aufgefordert, diese Uhr bei ihm abzuholen. Durch einen inzwischen entdeckten Nachtrag

[1]) a. A. Staudinger, a. a. O., Bem. zu § 929.

[2]) Aus Lenels Praktikum, Fall 129.

zum Testamente stellt sich aber heraus, dass dieses Vermächtnis vom Erblasser wieder zurückgenommen war. Ist nun der Erbe an seine dingliche Offerte gebunden? Die Frage ist u. E. zu verneinen. A kann den B. wenn er sich bei ihm meldet, zurückweisen.

Diejenigen Bestimmungen des dritten Titels des ersten Buches des B. G. B., welchen dieser Grundsatz der bindenden Vertragsofferte nicht zu Grunde liegt, können ohne weiteres auf den dinglichen Vertrag angewandt werden. So zunächst § 151.

Die Einigung des dinglichen Vertrags wird überhaupt, wie auch die Erklärungen des obligatorischen Vertrags oder noch weniger wie diese, weil sie meist mit dem Naturalmomente zusammenfällt, sich aus ihm ergiebt, nicht immer ausdrücklich ausgesprochen. Bei Rechtsänderungen an Grundstücken wird dies, ganz abgesehen von der formalisirten Auflassung, in Anbetracht der Wichtigkeit derselben im Verkehrsleben, weniger der Fall sein. Doch ist es auch hier möglich, dass sich z. B. die Einigung bei einer Hypothekenbestellung aus der Erklärung der Eintragungsbewilligung und dem Eintragungsantrage ergibt. Wenn auch der primäre Zweck dieser Erklärungen ein anderer ist, so schliesst das nicht aus, dass sich in zweiter Linie concludenterweise die Einigungserklärung aus ihnen ergibt. Sie können den Schluss gestatten, dass die Einigung mit ihrer Abgabe zur Existenz gelangt ist. Auch die Auffassung, dass das Gesetz eine „erklärte" Einigung verlange, müssen wir als zu formalistisch abweisen [1]). Auch eine stillschweigende Erklärung ist eine Erklärung. Besonders bei der Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen wird der erforderliche Inhalt der Einigung im Verkehre selten ausdrücklich erklärt. Er wird sich dann in der Regel aus den Umständen, zumeist aus dem zu

[1]) Dagegen Schröder im Recht, 1901, S. 14.

Grunde liegenden Causalgeschäfte ergeben. Bei der Uebergabe zur Erfüllung eines Veräusserungsgeschäfts z. B. von Kauf, Schenkung wird nach der Verkehrssitte eine Eigentumsübertragung angenommen werden müssen, in anderen Fällen z. B. bei der Uebergabe des Inventars an den Pächter, bei Aushändigung der Mietssache wird nur Ueberlassung des Besitzes als beabsichtigt gelten. Einen Fall, wo sich der Annahmewille aus den Umständen entnehmen lässt, behandelt die bekannte Reichsgerichtsentscheidung vom 19. 12. 1884 (in Bd. 12, S. 78 ff. der Sammlung), wonach bei Uebersendung generell verkaufter Ware der Käufer durch eine Annahme, die lediglich zum Zwecke der Untersuchung und Prüfung erfolgen kann, noch nicht den Willen, Eigentümer zu werden, betätigt, sondern dieser Wille erst aus weiteren Tatsachen, wie Genehmigung und eigentumsähnlicher Verfügung, entnommen werden kann. Erklärt der Käufer unverzüglich nach der Annahme, dass er die Ware als vertragsmässig nicht empfangen wolle und stellt sie zur Verfügung, so kann ein Aneignungswille nicht angenommen werden.

Selbstverständlich, um darauf zurückzukommen, kann auch die Anwendung des § 151 wie der nachfolgenden anwendbaren Bestimmungen des dritten Titels nur eine analoge sein. Mit dem Zustandekommen der Einigung ist der dingliche Vertrag nicht perfect, wenn nicht das Naturelmoment hinzugetreten ist.

Eine Frage noch, zu der die Litteratur bis jetzt keine Stellung genommen hat. Ist ein Vorvertrag zum dinglichen Vertrage denkbar? Wir glauben die Frage verneinen zu müssen. Der Vorvertrag bezweckt die Eingehung einer Verpflichtung zwecks Sicherung des Abschlusses des Hauptvertrags. Diesem Zweck wird aber der obligatorische Causalvertrag gerecht, während

ein auf den dinglichen Vertrag zugeschnittener Vorvertrag dem Wesen desselben entsprechend überhaupt keine Verpflichtung erzeugen könnte. Ein Vorvertrag zu dem dinglichen Vertrage ist also rechtlich unmöglich. Die Folge ist die, dass der Causalvertrag als selbständiges Geschäft nicht in die Form, welche für den dinglichen Vertrag vorgeschrieben ist, gekleidet zu werden braucht, sondern im Princip formfrei ist [1]).

---

[1]) Vgl. Entsch. des Reichsger. v. 24. 4. 1901 in Bd. 48, S. 133, arg. auch B. G. B., § 313.

# Litteraturverzeichnis


Bähr: Abhandlung in der Kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 11 n. F.

Bekker: Pandekten.

Bremer: Aufsatz in der Zeitschrift für Civilrecht u. Prozess, Bd. 20 n. F.

Brinz: Pandekten,

Bruck: Die Einigung im Sachenrechte des B. G. B.

Cosack: Lehrbuch.

Dernburg: Pandekten u. Lehrbuch des bürgerl. Rechts.

Eccius: Aufsätze in Gruchot, Bd. 47 und in der Deutschen Juristenzeitung von 1902.

Endemann: Einführung in das Studium des B. G. B., Entwurf des B. G. B., erste Lesung.

Exner: Rechtserwerb durch Tradition.

Förster: Abhandlungen in der Zeitschr. „das Recht", Jahrg. 1901 u. 1903.

Förster-Eccius: Gemeines Preuss. Privatrecht.

Fuchs: Grundbuchrecht und Abhandlungen in Gruchot, Bd. 46 u. in der Festgabe für Wilke.

Hölder: Commentar zum B. G. B.

Jacobi: Abhandlung in Jhering's Jahrb., Bd. 35.

Jhering: Geist des römischen Rechts.

Johow: Begründung des Sachenrechts.

Kaufmann: Aufsatz in der Deutschen Juristenzeitung 1904.

Kindel: Das Recht an der Sache.

Klingmüller: in Fischer's Abhandlungen, Bd. 9.

Küchendahl: Aufsätze in der juristischen Wochenschrift von 1901 u. 1902.
Kuntze: Der Gesamtakt.
Motive zum B. G. B., amtliche Ausgabe.
Nissen: Aufsatz in der juristischen Wochenschr. 1904.
Oertmann: Recht der Schuldverhältn. und Abhandlung in Jhering's Jahrb., Bd. 31.
Ortlieb: Einigung u. dinglicher Vertrag.
Planck: Commentar zum B. G. B.
Protokolle der Commission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B.
Puchta: Pandekten.
Savigny: System des römischen Rechts.
Schlossmann: Der Vertrag.
Schröder: Aufsatz im „Recht" 1901.
Sohm: Zur Geschiche der Auflassung in der Festgabe für Thöl.
Staffel: Abhandlung im Sächsischen Archiv, Bd. 9.
Staudinger: Commentar zum B. G. B.
Strecker: Die allgemeinen Vorschriften des B. G. B. über Rechte an Grundstücken.
Strohal: Rechtsübertragung und Causalgeschäft in Jher. Jahrb., Bd. 27.
Wendt: Rechtssatz und Dogma in Jher. Jahrb., Bd. 29.
Windscheid: Pandekten.
Wolff: Abhandlung in Gruchot, Bd.47.
Zusammenstellung der gutachtl. Aeusserungen zum Entwurfe des B. G. B.